

Tilburg University

Onderscheid toe te schrijven aan één bron

Zoontjens, P.J.J.

Published in:
Gelijke behandeling

Publication date:
2008

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Zoontjens, P. J. J. (2008). Onderscheid toe te schrijven aan één bron. In J. H. Gerards (Ed.), *Gelijke behandeling: Oordelen en commentaar 2007* (pp. 358-365). Wolf Legal Publishers (WLP).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

2007-171

Onderscheid toe te schrijven aan één bron

Noot: prof. mr. P.J.J. Zoon

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift hebben verzoeksters de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of zij in een door hen overeengekomen sociaal plan onderscheid maken op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden door te voorzien in twee verschillende reiskostenvergoedingregelingen.

1.2 Verzoeksters hebben de Commissie desgevraagd aanvullende informatie toegestuurd.

1.3 Op de zitting van 5 april 2007 hebben verzoeksters hun standpunten mondeling toegelicht.

1.4 De Commissie heeft naar aanleiding van het behandelde ter zitting besloten om het onderzoek te heropenen om advies in te winnen bij prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, hoogleraar Sociaal Recht aan de Universiteit Leiden. Hij heeft op 9 juli 2007 advies uitgebracht, hierna: het deskundigenadvies. Dit advies is als bijlage gehecht aan het oordeel. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld een reactie te geven op dit advies. Verzoeksters hebben op respectievelijk 9 augustus 2007 en 10 september 2007 op het advies gereageerd. De Commissie heeft het onderzoek vervolgens op 11 september 2007 gesloten.

2 Feiten

2.1 Verzoekster 1 is een holding die diverse diensten aanbiedt op het gebied van vervoer. Zij heeft haar vervoersactiviteiten georganiseerd in enkele divisies, waaronder de divisie .. (hierna: de divisie)..... (hierna: de dochteronderneming) is een dochteronderneming van verzoekster 1, die leverancier is van onderhoud voor alle divisies van verzoekster 1.

2.2 Verzoekster 2 is een vakorganisatie en als zodanig een van de partijen met wie verzoekster 1 het in het geding zijnde sociaal plan is overeengekomen.

2.3 Tot 1998 was het merendeel van het onderhoudspersoneel van verzoekster 1 werkzaam bij de rechtsvoorganger van de dochteronderneming, namelijk de 'oude' OV-

bedrijven. Op de arbeidsvoorwaarden van deze personeelsleden was de (bedrijfstak-)CAO voor het Openbaar Vervoer (CAO OV) van toepassing.

2.4 In 1998 is de rechtsvoorganger van de dochtermaatschappij verzelfstandigd. De medewerkers, die voor de verzelfstandiging bij de rechtsvoorganger van de dochtermaatschappij werkten, bleven formeel in dienst bij de OV-bedrijven, maar zijn vervolgens gedetacheerd bij de dochteronderneming. Op de arbeidsvoorwaarden van deze medewerkers is de CAO OV van toepassing gebleven. Nieuwe werknemers kwamen vanaf dat moment rechtstreeks in dienst van de dochteronderneming en vielen onder de (bedrijfstak-)CAO Metaal en Techniek Metaalbewerkingsbedrijf (CAO MTB).

2.5 De gemiddelde leeftijd van de vanuit de divisie naar de dochteronderneming gedetacheerde medewerkers, vallend onder de CAO OV, is 51 jaar en 6 maanden. Van de medewerkers rechtstreeks in dienst bij de dochteronderneming, die wat betreft hun arbeidsvoorwaarden vallen onder de CAO MBT, bedraagt de gemiddelde leeftijd 40 jaar en 7 maanden.

2.6 Vanwege reorganisaties hebben medewerkers van de dochteronderneming de laatste jaren frequent van werkplaats moeten veranderen.

2.7 De CAO OV en de CAO MTB bevatten verschillende aanvullende reiskostenvergoedingsregelingen bij verandering van standplaats van werknemers wegens reorganisatie. In bijlage 13 bij artikel 6 van de CAO OV is bepaald dat bij verandering van standplaats wegens reorganisatie de reiskostenvergoeding per 1 december 2005 € 0,33 en per 1 januari 2006 € 0,34 per kilometer bedraagt indien per werkdag meer dan vier kilometer extra gereisd moet worden door een werknemer. Dit bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd. Openbaar vervoer wordt kosteloos ter beschikking gesteld. De vergoeding wordt toegekend gedurende één jaar voor elk vol dienstjaar, met een minimum van vijf jaar. Aan een werknemer met tenminste tien dienstjaren, wordt bij een som van zijn leeftijd en diensttijd van meer dan 60 jaar, een vergoeding toegekend tot aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Indien de reis per rit met meer dan 15 kilometer toeneemt, wordt per werkdag 15 minuten als reistijd vergoed.

2.8 Artikel 46, aanhef en onderdeel c, van de CAO MTB bepaalt dat 'een redelijke vergoeding' wordt verstrekt aan de werknemer die gebruik maakt van een eigen vervoermiddel.

Verzoekster 1, mede optredend namens haar divisies, heeft op 22 juli 2005 samen met de dochteronderneming, verzoekster 2, het CNV en de Unie een sociaal plan ondertekend voor de medewerkers van en gedetacheerd bij de dochteronderneming (hierna: het Sociaal Plan. In bijlage 3 bij dit sociaal plan is bepaald hoe het begrip 'redelijke vergoeding' in artikel 46 van de CAO MTB zal worden uitgelegd. De vergoeding bedraagt € 0,33 per kilometer. Dit bedrag wordt geïndexeerd. Alleen de meerdere kosten die de werknemer maakt boven de kosten die hij normaal maakt om te komen op de plaats waarvoor de dienstbetrekking is aangegaan, komen in aanmerking voor vergoeding. Werknemers hebben gedurende maximaal 60 maanden aanspraak op deze vergoeding. Er wordt geen reistijd vergoed.

2.9 In dezelfde bijlage 3 bij het Sociaal Plan is tevens vastgelegd dat partijen een oordeel omtrent het eigen handelen zullen vragen aan de Commissie over het naast elkaar bestaan van de verschillende reiskostenvergoedingsregelingen voor de verschillende groepen medewerkers werkzaam bij de dochteronderneming.

3 Beoordeling

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verzoeksters onderscheid maken op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden door in het sociaal plan, dat betrekking heeft op de medewerkers van en gedetacheerd bij de dochteronderneming, te voorzien in twee reiskostenvergoedingsregelingen.

3.2 Verzoeksters hebben de Commissie expliciet gevraagd niet te oordelen over de vraag of zij met de bepaling in bijlage 13 behorende bij artikel 6 van de CAO OV, inhoudend dat aan een werknemer met tenminste tien dienstjaren bij een som van zijn leeftijd en diensttijd van meer dan 60 jaar een vergoeding wordt toegekend tot aan het einde van de arbeidsovereenkomst, onderscheid op grond van leeftijd maakt. Derhalve beperkt de Commissie zich tot de vraag zoals geformuleerd onder 3.1.

Ontvankelijkheid

3.3 Voordat de Commissie toekomt aan de vraag of sprake is van verboden onderscheid op grond van leeftijd, gaat zij na of verzoeksters in hun gezamenlijke verzoek om een oordeel over het eigen handelen kunnen worden ontvangen.

3.4 Artikel 14 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBl) verklaart artikel 12 van de Algemene wet gelijke behandeling

(AWGB) van overeenkomstige toepassing. Artikel 12, tweede lid, onderdeel b, AWGB bepaalt dat een schriftelijk verzoek om een oordeel kan worden ingediend door de natuurlijke persoon, de rechtspersoon of het bevoegd gezag, die wensen te weten of zij een onderscheid maken als bedoeld in de wet.

3.5 Nu het eventuele onderscheid op grond van leeftijd rechtstreeks verband houdt met de verschillende reiskostenvergoedingsregelingen in de CAO OV en CAO MTB en verzoeksters (mede)verantwoordelijk zijn voor de gemaakte afspraken over de wijze waarop het begrip 'redelijke vergoeding' in de CAO MTB met betrekking tot de werknemers van de dochteronderneming wordt uitgelegd, kunnen zij met betrekking tot de vraag of deze uitleg tot onderscheid op grond van leeftijd leidt, gezamenlijk een oordeel omtrent het eigen handelen aan de Commissie vragen.

Verskil dat voortvloeit uit één bron?

3.6 Ingevolge artikel 3, aanhef en onderdeel e, WGBl, in samenhang met artikel 1 van deze wet, is onderscheid op grond van leeftijd verboden bij de arbeidsvoorwaarden, waaronder mede dient te worden begrepen een regeling inzake de aan werknemers te verstrekken reiskostenvergoeding.

3.7 In artikel 1, eerste lid, WGBl is bepaald dat onder onderscheid op grond van leeftijd wordt verstaan: onderscheid op grond van leeftijd of op grond van een ander neutraal criterium dat een bepaalde leeftijdsgroep treft.

3.8 In navolging van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG (HvJ EG) is het vaste oordelenlijn van de Commissie dat de toepassing van het beginsel van gelijke beloning moet worden verzekerd ten aanzien van alle voordelen in geld of in natura, mits deze door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking zijn toegekend (HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88 (*Barber*), *Jur.* 1990, p. I-1889, *NJ* 1992, 436, *CGB* 10 juli 2003, oordeel 2003-84, *JAR* 2003, 228, zie ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 15).

3.9 Verzoeksters stellen zich op het standpunt dat door het hanteren van verschillende reiskostenvergoedingsregelingen sprake is van onderscheid op grond van leeftijd, nu de CAO OV wat betreft aanvullende reiskostenvergoedingsregelingen bij verandering van standplaats wegens reorganisatie voordeliger uitwerkt voor de (gemiddeld oudere) groep werknemers met betrekking tot deze arbeidsvoorwaarde vallend onder de CAO

OV dan voor de (gemiddeld jongere) groep werknemers die wat betreft de reiskostenvergoedingenregeling valt onder de CAO MTB. Werknemers op wie de CAO MTB van toepassing is krijgen geen reistijdvergoeding en ontvangen de vergoeding voor een kortere periode dan werknemers die onder de CAO OV vallen. Verzoekster 2 wijst er tegelijkertijd op dat werknemers die onder de CAO MTB vallen ook een voordeel hebben, omdat er geen franchise in hun regeling gebouwd is, die bij de CAO OV 4 km (vice versa) bedraagt en dat de totale nieuwe woon-werkverkeersafstand wordt vergoed. Niettemin zijn verzoeksters het erover eens dat de reiskostenvergoeding voor werknemers die onder de CAO OV vallen al met al gunstiger is voor de aanspraakgerechtigden (en daarmee kostbaarder) dan de reiskostenregeling van de CAO MTB. Verzoeksters verschillen slechts van mening met betrekking tot het antwoord op de vraag of het leeftijds onderscheid waarvan naar hun mening sprake is, objectief gerechtvaardigd is.

3.10 De Commissie oordeelt als volgt. Ter zake van de ongelijke beloning, en daarmee het onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden, blijkt niet uit de WGBL op welke wijze toetsing van het vermeende onderscheid dient plaats te vinden. De regels van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) verschaffen hierover wel duidelijkheid en zijn leidend bij de uitleg van het verbod van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden zoals neergelegd in andere gelijkebehandelingswetten.

3.11 Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EG is voor de beantwoording van de vraag of een beloningsverschil ongelijke beloning oplevert in de zin van de wetgeving gelijke behandeling van belang of het beloningsverschil aan een en dezelfde bron kan worden toegeschreven, zoals een onderneming, een wettelijke bepaling of een cao (HvJ EG 17 september 2002, zaak C-320/00 (*Lawrence*), *Jur.* 2002, p. I-7325, *JAR* 2002/262, *RN* 2003, 1555, *SMA* 2003, p. 25 (m.nt. A.G. Veldman) en HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-256/01 (*Allonby*), *Jur.* 2003, p. I-873, *NJ* 2005, 48 (m.nt. M.R. Mok), *JAR* 2004, 70). Indien dit niet het geval is, levert een eventueel beloningsverschil geen strijd op met de wetgeving gelijke behandeling.

3.12 De WGB alsmede het HvJ EG gaan uit van een individuele beoordeling, terwijl in casu sprake is van groepen. Dit laat onverlet dat voor zover het gaat om de eis dat er sprake is van één bron, kan worden aangesloten bij de jurisprudentie van het HvJ EG in gelijkloonzaken op grond van geslacht en bij de oordelenlijn van de Commissie.

3.13 Voor wat betreft de vraag of het onderscheid tussen de twee groepen werknemers voortvloeit uit één bron doen zich in de onderhavige geval twee vragen voor die reden zijn geweest om een deskundige te raadplegen. Ten eerste de vraag of in het onderhavige geval sprake is van één bron in de zin van één onderneming nu werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de dochteronderneming worden vergeleken met werknemers die bij de dochteronderneming zijn gedetacheerd vanuit de divisie van de moederonderneming. De tweede vraag is of in de onderhavige situatie sprake is van één bron nu op de twee vergeleken groepen werknemers twee verschillende (bedrijfstak-) cao's van toepassing zijn. De Commissie zal beide vragen achtereenvolgens bespreken.

3.14 Ook bij een samenwerkingsverband tussen ondernemingen kan in de zin van de wetgeving gelijke behandeling sprake zijn van één onderneming, zelfs als daarbij 'voorlopig' is gekozen voor een detacheringconstructie als beide werkgevers streven naar een harmonisatie en integratie van de geldende arbeidsvoorwaarden (vergelijk CGB 25 januari 1999, oordeel 1999-3). De Commissie oordeelde in die zaak dat uitsluitend het feit dat er sprake is van verschillende werkgevers niet aan het bestaan van een onderneming in de weg staat omdat anders de bescherming die van die wetgeving uitgaat in belangrijke mate zou moeten inboeten. Dit oordeel is bevestigd door het kantongerecht Sneek (Ktg. Sneek 31 mei 2000, nr. 70774/CV EXPL 00-70).

3.15 Bij een moeder-dochterrelatie tussen twee werkgevers kan in het kader van de gelijke-behandelingswetgeving sprake zijn van één onderneming. De moederonderneming is (mede) aansprakelijk voor naleving van de gelijkebehandelingsnorm wanneer de moederonderneming voldoende invloed heeft op het arbeidsvoorwaardenbeleid van de dochteronderneming. Wanneer daarentegen niet aannemelijk is dat een moederonderneming (enige) invloed heeft op het personeelsbeleid van het dochteronderneming, kan niet worden geconcludeerd dat het moederonderneming onderscheid heeft gemaakt (vergelijk CGBM/V 9 juli 1993, oordeel 381-93-27, *RN* 1994, 368; CGB 29 oktober 2001, oordeel 2001-94).

3.16 Dit is in lijn met het deskundigenadvies. Hierin wordt geconcludeerd dat voor de toepassing van de WGB en de AWGB bij een holding met verschillende onderdelen (divisies dan wel dochters) juridisch sprake is van verschillende ondernemingen, doch dat wat betreft de wetgeving gelijke behandeling te verdedigen valt dat zij als één onderneming

worden beschouwd indien het personeelsbeleid van de dochter door de moeder in een voor de wet relevant opzicht wordt beïnvloed (zie het deskundigenadvies, punt 1). Voor wat betreft de WGBL kan hierbij worden aangesloten.

3.17 In onderhavige zaak staat naar het oordeel van de Commissie het feit dat sprake is van een moeder-dochterrelatie er niet aan in de weg om te oordelen dat sprake is van één bron waaraan het onderscheid tussen de twee groepen werknemers kan worden toegeschreven. Deze kwalificatie wordt ondersteund door de conclusie van advocaat-generaal Keus bij de uitspraak van de Hoge Raad in de zogenaamde zaak *Parallel Entry*, stellende: 'Alhoewel het juist is dat doorgaans de onderneming geldt als het kader waarbinnen door vergelijking van werkzaamheden en arbeidsvoorwaarden ontoelaatbare discriminaties in arbeidsverhoudingen dienen te worden opgespoord, mag niet uit het oog worden verloren dat zulks vooral is bepaald door de wens de bescherming van de werknemer te verbreden door het vergelijkingskader niet tot de kring van de werknemers van dezelfde werkgever te beperken. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld HvJ EG 17 september 2002, zaak C-320/00 (*Lawrence*), *Jurispr.* 2002, p. I-7325, ro.17 (HR 30 januari 2004, *JAR* 2004, 68). In de onderhavige situatie is er immers sprake van een groep werknemers gedetacheerd vanuit (een divisie van) verzoekster 1 (de moederonderneming) bij de dochteronderneming en een groep werknemers rechtstreeks in dienst bij de dochteronderneming. Alleen al uit het feit dat verzoekster 1 het verzoek om een oordeel omtrent het eigen handelen mede namens de dochteronderneming heeft ingediend, spreekt dat zij (substantiële) invloed heeft op het arbeidsvoorwaardenbeleid van de dochteronderneming, zodat het aanmerken als één onderneming voor de hand ligt.

3.18 Volgens de deskundige is het mogelijk dat er binnen één onderneming twee (bedrijfstak-) cao's van toepassing zijn. Het antwoord op de vraag welke cao's bij onderlinge tegenstrijdigheid voorrang heeft, dient volgens hem te worden bepaald door een goede afweging van de regels volgens de doctrine van de samenloop van cao's met die van de gelijkebehandelingswetgeving. Indien sprake is van twee (bedrijfstak-)cao's, waarvan er één algemeen verbindend is verklaard, die van toepassing zijn op twee verschillende onderdelen (divisies dan wel dochters) van een holding, kan er sprake zijn van een plicht om de werknemers van de beide onderdelen gelijk te behandelen bij de arbeidsvoorwaarden, indien de ondernemer in staat is om de ongelijkheid in behandeling die uit de beide cao's voortvloeit te herstellen. Is hij dat

niet, bij voorbeeld omdat hij verplicht is twee arbeidsvoorwaardenregelingen toe te passen uit verschillende bron die hij geen van beiden kan beïnvloeden, dan geldt deze verplichting niet (zie het deskundigenadvies, punt 2 en 3).

3.19 Hoewel het gestelde onderscheid in de arbeidsvoorwaarden in de onderhavige zaak onmiskenbaar verband houdt met het bestaan van twee verschillende cao's, de CAO OV en de CAO MTB, is de Commissie van oordeel dat er geen sprake is van een onderscheid dat rechtstreeks uit deze twee cao's voortvloeit. Immers, de CAO OV geeft een nauwkeurig uitgewerkte reiskostenvergoeding. De CAO MTB bepaalt slechts dat een redelijke vergoeding moet worden bepaald. Niets staat verzoekster 1 eraan in de weg te bepalen dat een redelijke vergoeding gelijk is aan de vergoeding zoals die in de CAO OV is geformuleerd. Verzoekster 1 heeft kortom de mogelijkheid om de CAO MTB zo uit te leggen dat zij geen onderscheid maakt tussen beide groepen werknemers in de reiskostenvergoeding. Daarbij wijst de Commissie op de uitspraak van het HvJ EG in de zaak *Enderby* (HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Jur.* 1993, p. I-5535, *JAR* 1993, 248) waarin sprake was van twee cao's, maar het HvJ EG niettemin het maken van een vergelijking tussen werknemers die onder deze twee verschillende cao's vielen mogelijk achtte.

3.20 Op grond van het bovenstaande is de Commissie van oordeel dat het gestelde onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden is toe te schrijven aan één bron zodat een vergelijking kan plaatsvinden.

Leeftijdsonderscheid?

3.21 Hoewel verzoekers het er over eens zijn dat leeftijdsonderscheid wordt gemaakt door het hanteren van de twee verschillende reiskostenvergoedingsregelingen komt de Commissie tot een andere conclusie.

3.22 De Commissie is van oordeel dat dit verschil in arbeidsvoorwaarden en het daaraan verbonden voor- of nadeel voortvloeit uit de afspraken die zijn gemaakt bij de verzelfstandiging van de rechtsvoorganger van de dochteronderneming en niet is verbonden aan het hebben of bereiken van een bepaalde leeftijd. Derhalve leidt het verschil in rechtspositie niet tot onderscheid op grond van leeftijd (vergelijk CGB 4 juli 2007, oordeel 2007-122).

3.23 De Commissie hecht hierbij waarde aan het feit dat deze zaak de grond leeftijd betreft en de verschillen in leeftijd tussen de groepen werknemers het toevallige resultaat zijn van het

voortschrijden der tijd. Anders dan wanneer bijvoorbeeld de grond geslacht in het geding zou zijn, zal de ongelijkheid in het onderhavige geval na verloop van tijd verdwijnen, namelijk wanneer werknemers die onder de CAO OV vallen, behorend tot de gemiddeld oudere groep, met pensioen gaan of vanwege andere redenen uit dienst treden. De Commissie oordeelde eerder dat het in een overgangssituatie kan voorkomen dat er tijdelijke verschillen in arbeidsvoorwaarden tussen verschillende categorieën personeelsleden bestaan, maar dat ontstane verschillen evenwel niet tot in lengte van dagen in stand mogen worden gehouden (vgl. CGB 8 juni 2005, oordeel 2005-98). Nu het onderscheid gezien de grond leeftijd in het onderhavige geval door tijdsverloop vanzelf zal verdwijnen, acht de Commissie, anders dan in het aangehaalde oordeel, het opstellen van een overgangsregeling niet nodig.

3.24 Gelet op het bovenstaande oordeel de Commissie dan ook dat verzoeksters geen onderscheid maken op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden door in het sociaal plan dat betrekking heeft op de medewerkers van en gedetacheerde medewerkers bij de dochteronderneming te voorzien in twee reiskostenvergoedingsregelingen.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . en . . . geen onderscheid maken op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden door in het Sociaal Plan dat betrekking heeft op de medewerkers van en gedetacheerde medewerkers bij de dochteronderneming te voorzien in twee reiskostenvergoedingsregelingen.

Noot door prof. mr. P.J.J. Zoontjens

1. Dit oordeel verdient om twee redenen de aandacht. Voor zover het erom gaat of het hier gestelde onderscheid vergelijkbare gevallen betreft, blijft het belang van dit oordeel niet beperkt tot de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL). In feite is het voor het hele gelijkebehandelingsrecht relevant. Verder bevat het interessante overwegingen inzake de vraag hoever de grond van leeftijd in concreto kan strekken. Dit oordeel lijkt daarmee sterk op oordeel 2007-122. Vanaf par. 6 hieronder, wordt aan het laatste aspect nader aandacht besteed.

2. Allereerst de vergelijkbaarheid van gevallen. In dit oordeel wordt aangesloten bij jurisprudentie van het HvJ EG, volgens welke het

voor de beantwoording van de vraag of een beloningsverschil ongelijke beloning oplevert in de zin van de wetgeving gelijke behandeling van belang is of het beloningsverschil aan één en dezelfde bron kan worden toegeschreven, zoals een onderneming, een wettelijke bepaling of een cao. Hierbij kan vooral het arrest *Lawrence* worden genoemd (HvJ EG 17 september 2002, zaak C-320/00, *Jurispr.* 2002, I-7325, *JAR* 2002/262, *RN* 2003, 1555, *SMA* 2003, p. 25, m.nt. A.G.Veldman). In het oordeel is zowel het punt van onderneming als dat van de cao aan de orde. Een holding in de sfeer van het vervoer en een vakorganisatie zijn een sociaal plan overeengekomen met betrekking tot twee categorieën van werknemers, namelijk zij die in dienst zijn van de dochteronderneming en zij die vanuit het moederbedrijf bij de dochteronderneming zijn gedetacheerd. Het sociaal plan voorziet in een reiskostenvergoedingsregeling die voor de gemiddeld jongere groep van bij de dochteronderneming in dienst zijnde werknemers per saldo ongunstiger uitpakt dan voor de andere categorie. Volgens de verzoeksters, die een oordeel omtrent het eigen handelen vragen als bedoeld in art. 14 WGBL, vloeit het onderscheid onder meer voort uit het feit dat op de gemiddeld oudere groep van gedetacheerde werknemers een andere cao van toepassing is. Bij de zelfstandiging van de rechtsvoorganger van de dochtermaatschappij in het verleden bleven zij in dienst van de moedermaatschappij en bleef de cao-OV voor hen van kracht. Nieuwe werknemers kwamen vanaf dat moment rechtstreeks in dienst van de dochteronderneming en vielen onder de (bedrijfstak-) cao Metaal en Techniek Metaalbewerkingsbedrijf (cao MTB). Is er sprake, zo vraagt de Commissie Gelijke Behandeling (Commissie of CGB) zich in r.o. 3.13 af, van één bron in de zin van één onderneming, nu werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de dochteronderneming worden vergeleken met werknemers die bij de dochteronderneming zijn gedetacheerd vanuit de divisie van de moederonderneming? En is er sprake van één bron nu op de twee vergeleken groepen werknemers twee verschillende (bedrijfstak-) cao's van toepassing zijn? Over beide vragen is deskundigenadvies gevraagd aan de Leidse hoogleraar G.J.J. Heerma van Voss.

3. Zowel de adviseur als de Commissie komen tot de conclusie dat voor wat betreft de toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving bij een holding met verschillende onderdelen, divisies of dochtermaatschappijen, te verdigen valt dat zij tezamen genomen als één onderneming worden beschouwd, indien het personeelsbeleid van de dochter door de moeder in een voor de wet relevant opzicht wordt beïnvloed. Deze conclusie wijkt af van

het juridische begrip “onderneming” dat we terug kunnen vinden in bepalingen van de inmiddels vervallen Wet gelijk loon voor mannen en vrouwen (WGL) en nadien is terecht gekomen in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) en art. 8 WGBL. “Onderneming” werd in art. 1 WGL gedefinieerd als: “een in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst arbeid wordt verricht”. Deze definitie is sterk gelijkend op het nog geldende art. 1 van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR), zij dat in de WOR-omschrijving van ‘onderneming’ ook de voor de onderhavige materie niet relevante openbare dienst wordt begrepen: “elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht”.

4. De ruime opvatting inzake onderneming, die uiteraard ook van belang moet worden geacht bij toepassing van het in art. 5 Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) verankerde verbod van onderscheid bij arbeidsvoorwaarden, is in lijn met eerdere jurisprudentie van de Commissie en haar rechtsvoorgangster. Al in 1993 heeft de Commissie gelijke behandeling mannen en vrouwen geoordeeld dat bij een moeder-dochter-relatie sprake is van één onderneming, en de moeder mede aansprakelijk is voor de naleving van de gelijkebehandelingsnorm wanneer zij voldoende invloed heeft op het beleid van de dochter (CGBm/v 9 juli 1993, oordeel 381-93-27, RN 1994, 368). In de context van de gelijkebehandelingswetgeving is er bij een samenwerkingsverband tussen ondernemingen evenzeer sprake van één onderneming, aldus de Commissie in 1999, als beide werkgevers streven naar een harmonisatie en integratie van geldende arbeidsvoorwaarden (oordeel 1999-3). In 2001 ten slotte, is de Commissie tot het oordeel gekomen dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat een houdstermaatschappij invloed heeft op het personeelsbeleid van de dochtermaatschappij. Geconcludeerd wordt daarom dat deze jegens verzoekster geen onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht bij de arbeidsvoorwaarden (oordeel 2001-94). De betekenis van het onderhavige oordeel is vooral gelegen in het feit dat hier bij het naast elkaar bestaan van een moeder- en dochtermaatschappij daadwerkelijk één onderneming wordt aangenomen. Dit is voor het eerst in de jurisprudentie van de CGB het geval.

5. Ondanks de omstandigheid dat er verschillende cao's gelden voor de twee groepen werknemers in de onderneming, wordt in casu het uitgangspunt van één bron niet verlaten.

De Commissie concludeert dat er geen sprake is van een onderscheid dat rechtstreeks uit deze cao's voortvloeit. “Immers, de cao OV geeft een nauwkeurig uitgewerkte reiskostenvergoeding. De cao MTB bepaalt slechts dat een redelijke vergoeding moet worden bepaald. Niets staat verzoekster 1 eraan in de weg te bepalen dat een redelijke vergoeding gelijk is aan de vergoeding zoals die in de cao OV is geformuleerd. Verzoekster 1 heeft kortom de mogelijkheid om de cao MTB zo uit te leggen dat zij geen onderscheid maakt tussen beide groepen werknemers in de reiskostenvergoeding” (par. 3.19). De onderneming kan met andere woorden de arbeidsvoorwaarden van het bij de dochter in dienst zijnde personeel zodanig beïnvloeden dat deze gelijk zijn aan die voor de andere categorie werknemers. Een en ander is in lijn met het deskundigenadvies.

6. Uit de “één bron theorie” kan uiteraard nog geen kwalificatie voortvloeien van gemaakt onderscheid. Er is slechts een belangrijke voorwaarde daarvoor vervuld, namelijk dat gevallen feitelijk en rechtens vergelijkbaar zijn. Eerst uit de vergelijking zal moeten blijken of het gemaakte onderscheid deugt. In dit geval leidt volgens de Commissie het verschil in rechtspositie niet tot onderscheid op grond van leeftijd. De Commissie meent dat het verschil in arbeidsvoorwaarden en het daaraan verbonden voor- of nadeel voortvloeit uit de afspraken die zijn gemaakt bij de verzelfstandiging van de rechtsvoorganger van de dochteronderneming en geen betrekking heeft op het hebben of bereiken van een bepaalde leeftijd. Zij concludeert op grond daarvan dat het verschil in rechtspositie niet leidt tot onderscheid op grond van leeftijd. Daarbij hecht zij ook waarde aan het feit dat deze zaak de grond leeftijd betreft en de verschillen in leeftijd tussen de groepen werknemers het toevallige resultaat zijn van het voortschrijden der tijd. “Anders dan wanneer bijvoorbeeld de grond geslacht in het geding zou zijn”, aldus de Commissie, “zal de ongelijkheid in het onderhavige geval na verloop van tijd verdwijnen, namelijk wanneer werknemers die onder de cao OV vallen, behorend tot de gemiddeld oudere groep, met pensioen gaan of vanwege andere redenen uit dienst treden.” Deze redenering is niet aanstonds duidelijk. In de volgende twee punten wil ik trachten tot enige verklaring te komen.

7. Als, zoals de Commissie meent, de grond leeftijd in casu niet toepasselijk is, waarom worden er dan nadere beschouwingen aan deze grond gewijd? Het lijkt een tegenstrijdigheid, maar hoeft dat niet te zijn. Mijsen zienszins wil de Commissie duidelijk maken dat zij weliswaar in concreto onderscheid naar leeftijd aantreft, maar dat dit niet wordt veroorzaakt door, noch

verband houdt met het verschil in arbeidsvoorwaarden. Daarvoor spreekt dat er afspraken in het verleden zijn gemaakt, waarbij niet is beoogd om bij de arbeidsvoorwaarden te differentiëren naar leeftijd. Die differentiatie is integendeel het toevallige resultaat van opvolgende gebeurtenissen. Hoewel achteraf gezien onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, lijkt hier voor de vraag naar de toepasselijkheid van de grond niet een objectieve vaststelling, maar een contextuele, subjectieve benadering bepalend. Het is niet beoogd, zo kan de Commissie ten slotte worden begrepen, door de tijd zijn de verschillen ontstaan en door de tijd zullen de verschillen ook verdwijnen. Ervan uitgaande dat deze weergave klopt, is de redenering bepaald niet logisch en sluitend. Immers, ook onderscheid dat niet is bedoeld, dat zomaar ontstaat, is onderscheid. Ingevolge art. 1 WGBL zou de Commissie dan uit moeten gaan van *indirect* leeftijdsonderscheid ("onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft"). En op basis van art. 7 WGBL zou zij dan onmiddellijk de vraag onder ogen moeten zien of dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en of de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. De gegeven redenering maakt het onverklaarbaar waarom het toetsingskader van de WGBL opzij wordt geschoven, terwijl het waarschijnlijk niet hoeft en een oplossing binnen het systeem van de wet de voorkeur verdient. De Commissie zou binnen het stramen van de wet kunnen blijven door aan te geven dat in bepaalde, specifieke gevallen een feitelijk ongelijke behandeling naar leeftijd op de koop toe moet worden genomen omdat er in aanleg een groter gewicht aan het belang van, bijvoorbeeld, het sociaal overleg moet worden toegekend. Met andere woorden, in bepaalde standaard-situaties is er geen sprake van ongeoorloofd leeftijdsonderscheid, omdat andere belangen van hoger gewicht moeten worden geacht. Het zou slechts anders zijn, als de over het onderscheid klagende partij kan aantonen dat het onderscheid desbewust is beoogd, terwijl er alternatieven waren of – zoal niet beoogd – gemakkelijk vermijdbaar zou zijn geweest. Hierbij kan men denken aan het bij fusies van ondernemingen noodgedwongen ontzien van bestaande rechtsposities, en aan het vaak als gevolg daarvan voortduren van verschillende juridische regimes in één verband. Een niet gering, bijkomend voordeel van de bepleite aanpak is ook dat er dan richting uitgaat van het oordeel van de Commissie voor toekomstige gevallen. Helaas, en mijns inziens ten onrechte, volgt de Commissie deze weg niet. Thans kan men nauwelijks concreet houvast aan het oordeel ontnemen.

8. Het lijkt erop dat de Commissie met het dictum van dit oordeel heeft willen voorkomen dat er ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd moet worden aangenomen. Men heeft kennelijk aan het toetsingssysteem van de WGBL willen ontsnappen, omdat het alternatief niet aantrekkelijk werd geacht. Alleen al vanwege het hierboven geconstateerde feit dat de holding het in haar macht heeft beide cao's wat betreft de reiskostenvergoeding gelijk te trekken, ligt de conclusie van ongelijke behandeling voor de hand. Het resultaat zou zijn dat met de aldus gehanteerde grond van leeftijd diep zou worden ingegrepen in de praktijk van het sociaal overleg, waarbij er regelmatig in situaties van overgang en overgangrecht maatschappelijke ongelijkheidseffecten naar leeftijd insluipen. Toch meen ik dat een benadering, als in het vorige punt uiteengezet, beter in het kader van de WGBL zou passen. Intussen hoeft men niet ontevreden te zijn met de uitkomst van het oordeel. Daarmee wordt ongetwijfeld tegemoet gekomen aan de in eerdere instantie door vakbondsvertegenwoordigers en arbeidsrechtsspecialisten geuite kritiek dat de Commissie in haar leeftijdsoordelen te weinig rekening houdt met het maatschappelijk belang van collectieve afspraken tussen werkgevers en werknemers (zie M.L.M. Hertogh e.a., *Rechtssociologisch deelonderzoek*, in: M.L.M. Hertogh/P.J.J. Zootjens, *Gelijke Behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 281 en 288 e.v.). Zie verder ook het dit boek opgenomen commentaar inzake de grond leeftijd van Van Leeuwen en De Witte. Op de achtergrond van dit oordeel speelt ongetwijfeld ook een rol het op 14 september 2007 door de CGB gepubliceerd advies over leeftijdsonderscheid in sociale plannen (Advies 2007/05). In dit kader voert het te ver om uitgebreid op het advies in te gaan. Opvallend is wel dat de Commissie daarin benadrukt dat de grond van leeftijd niet bij voorbaat verdacht is, zoals geslacht en ras, maar dat de ruimte om met de grond vervolgens flexibeler om te gaan beperkt is binnen de WGBL (zie advies, p. 9). Het zou goed zijn als de Commissie zich in haar oordelen ook meer van de beperkingen bewust zou zijn.

9. Qua casuïstiek en zeker wat betreft juridische benadering is er duidelijke verwantschap tussen het onderhavige oordeel en oordeel 2007-122. Een officier van een brandweer-korps, verzoeker, werd niet toegestaan gebruik te maken van functioneel leeftijdsontslag (FLO) op 55-jarige leeftijd in plaats van op 60-jarige leeftijd, terwijl een aantal andere officieren evenals een commandant wel FLO op 55-jarige leeftijd kregen. De Commissie oordeelt dat het verschil in arbeidsvoorwaar-

den en het daaraan verbonden voordeel of nadeel voortvloeit uit de afspraak die bij een fusie is gemaakt (bestaande rechten) en niet verbonden is aan het hebben of bereiken van een bepaalde leeftijd. Zelfs in vergelijking met de commandant, die vanwege een individuele afspraak op 55-jarige leeftijd FLO kreeg, wordt geen onderscheid op grond van leeftijd aangenomen. De individuele afspraak die met de commandant is gemaakt, berust niet op zijn leeftijd, is niet gemaakt vanwege zijn leeftijd en leidt evenmin tot een bevoordeling op grond van leeftijd. Ook hier moet toch op zijn minst, als effect van opvolgende handelingen, indirect onderscheid worden aangenomen. De verwijzing naar een rechtvaardigingsgrond is ook hier geboden. Verder zijn de onder par. 7 gemaakte opmerkingen van toepassing.